

FACULTAD
DE CIENCIAS
JURÍDICAS



ZIENTZIA
JURIDIKOEN
FAKULTATEA

TRABAJO FIN DE ESTUDIOS / IKASGAIEN AMAIERAKO LANA
RELACIONES LABORALES Y RECURSOS HUMANOS

**LA UTILIZACIÓN DEL WHATSAPP COMO MEDIO DE PRUEBA EN EL
PROCESO LABORAL**

Paola Abad Pérez

DIRECTORA / ZUZENDARIA
Beatriz Rodríguez Sanz de Galdeano

Pamplona / Iruñea
3 de septiembre de 2020 / 20020ko irailaren 3a

Resumen

El uso globalizado de los sistemas de comunicación electrónica ha provocado en los últimos años importantes cambios en el día a día de cualquier individuo, y como era de esperar, también ha tenido su influencia en el desarrollo del proceso laboral. Así, es cada vez más frecuente su utilización como medio de prueba con el propósito de que las partes acrediten sus pretensiones en sede judicial. Entre estas comunicaciones, adquiere una importancia trascendental el uso de *WhatsApp*.

Ello ha suscitado diversos problemas en relación con el modo de incorporación de este tipo de pruebas y su admisibilidad en el proceso, la facilidad de su manipulación y su posible repercusión en los derechos fundamentales, como es el de la intimidad o el secreto de las comunicaciones, que tanto la jurisprudencia como la doctrina tratan de resolver y se analizan en el presente trabajo de fin de grado.

Palabras clave:

Prueba electrónica, WhatsApp, Proceso laboral, Medios de prueba, Derecho a la intimidad

Abstract

The globalized use of electronic communication systems has in recent years led to significant changes in the day-to-day life of any individual. As expected, it has also had its influence on the development of the labour process. Thus, its use as a mean of evidence is increasingly frequent in order for the parties to prove their claims in court. Among these communications, the use of *WhatsApp* acquires a special relevance.

This has raised a number of problems related to the method of incorporation of this type of evidence and its admissibility in the process, the ease of manipulating it and its possible impact on fundamental rights such as privacy and confidentiality, which both jurisprudence and doctrine seek to resolve and are analysed in this final degree project.

Key words

Electronic evidence, WhatsApp, Labour process, Means of evidence, Right to privacy.

ABREVIATURAS

Art./Arts.	Artículo / Artículos
CE	Constitución Española
FJ	Fundamento Jurídico
LECiv	Ley de Enjuiciamiento Civil
LFE	Ley de Firma Electrónica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LRJS	Ley Reguladora de la Jurisdicción Social
Núm.	Número
Op. Cit	Obra Citada
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TIC	Tecnologías de la Información y comunicación
TRET	Texto Refundido de la Ley de Estatuto de los Trabajadores
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
Pág./Págs.	Página / Páginas
AA.VV	Autores Varios

INDICE

1. INTRODUCCIÓN	Pág. 4
2. MARCO JURÍDICO GENERAL	Pág. 6
2.1. Los documentos electrónicos	Pág. 6
2.2. La recepción de los medios de prueba digital en la LECiv y LRJS	Pág. 9
3. APORTACIÓN DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA AL PROCESO	Pág. 11
3.1. Acreditación de la veracidad de las comunicaciones	Pág. 12
3.2. Validez como medio de prueba en la doctrina judicial del orden social	Pág. 17
3.2.1. La necesidad de aportar prueba complementaria	Pág. 17
3.2.2. El WhatsApp como prueba diferenciada de la documental	Pág. 21
3.2.3. La relevancia del Whatsapp en el proceso laboral para la acreditación de hechos probados: algunos ejemplos	Pág. 23
4. LICITUD DE LA PRUEBA DE WHATSAPP Y VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES	Pág. 26
4.1. Impugnación de la prueba ilícita en el proceso laboral	Pág. 27
4.2. Incidencia en el derecho a la intimidad y secreto de las comunicaciones	Pág. 29
5. CONCLUSIONES	Pág. 35
6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	Pág. 37
7. JURISPRUDENCIA CONSULTADA	Pág. 40

1. INTRODUCCIÓN

La revolución de las nuevas “tecnologías de la información y comunicación” (TIC) ha provocado en los últimos años importantes cambios en el día a día de los individuos, facilitando el intercambio de información cada vez mayor, y dando lugar al nuevo concepto de la “*sociedad de la información*”.

En la actualidad, el uso globalizado de las nuevas TIC en cualquier ámbito de la sociedad es una realidad, que ha concedido a los individuos una pluralidad de facilidades; permitiéndoles desde establecer canales de comunicación inmediata hasta acceder a grandes cantidades de información o incluso almacenarlas, independientemente del lugar en el que se encuentren, llegando a convertirse, así, en indispensables en la esfera de la vida cotidiana¹.

Del mismo modo, en el campo de las organizaciones, las nuevas TIC no solo son una herramienta fundamental para el desarrollo del trabajo, sino que su uso les permite adaptarse continuamente a las dinámicas del mercado y del entorno cambiante, otorgándoles, adicionalmente, una ventaja competitiva.²

Los *emails*, redes sociales o aplicaciones de mensajería instantánea como *WhatsApp* son algunos de los ejemplos de los nuevos medios de comunicación que en los últimos años se han ido haciendo hueco en el marco de las relaciones laborales. Tanto es así, que estos recursos son utilizados frecuentemente en el ámbito de la empresa, ya sea como medios de comunicación o incluso como herramientas de trabajo; destacando de forma particular la aplicación *WhatsApp*, por ser una de las más utilizadas en la actualidad.

Esta aplicación de mensajería instantánea, que en sus inicios se planteó como una alternativa a los SMS³, permite el intercambio entre los usuarios de variedad de archivos, tales como mensajes de texto, documentos, imágenes, videos, ubicación, así como realizar llamadas de voz y videollamadas de manera gratuita.

¹ “Las TIC en la sociedad actual” <https://www.tuyu.es/las-tic-en-la-sociedad-actual/>

² HOYOS CHAVERRA, J.A y VALENCIA ARIAS, A. “El papel de las TIC en el entorno organizacional de las Pymes”, en *Revista Trilogía*, Vol. 4, nº7, 2012, págs. 105-122.

³ Acerca de WhatsApp: <https://www.whatsapp.com/about/?lang=es>

Para la utilización de esta plataforma, se requiere disponer de un dispositivo móvil con acceso a Internet para poder ejecutar la aplicación, aunque es posible acceder también desde el navegador de un ordenador o *Tablet*.

Como es evidente, el ámbito jurídico no ha logrado mantenerse lejos de la progresiva integración de las nuevas tecnologías en la sociedad, y la incidencia directa de estas en los procesos judiciales es un hecho notorio.

Así, cada vez es más habitual que las partes se sirvan de pruebas con base en un soporte electrónico para acreditar determinados hechos en sede judicial. En este sentido, el contenido de las conversaciones mantenidas a través de la aplicación *WhatsApp*, al que se refiere principalmente el presente trabajo, están presentes en mayor medida en los tribunales de los distintos órdenes jurisdiccionales.

Ello ha suscitado, al mismo tiempo, diversas controversias en su condición práctica, en relación con la admisión en sede de juicio de estas conversaciones como elemento probatorio, principalmente, por su condición sencillamente manipulable, que genera cierta inseguridad en cuanto a su validez⁴, y al mismo tiempo, comporta ciertas dificultades para acreditar su autenticidad, generando en determinadas ocasiones su desestimación.

Dicha complejidad, viene determinada, adicionalmente, por el escaso reconocimiento en el ordenamiento jurídico en cuanto a los medios de prueba de carácter electrónico⁵ y por la ausencia de un tratamiento unánime tanto en la doctrina judicial como en las resoluciones de los tribunales⁶ en relación con el valor probatorio de este tipo de mensajes.

Por consiguiente, debido al escaso reconocimiento en las disposiciones legales específicas sobre esta materia, los tribunales han comenzado a sentar las bases que

⁴ BUENO DE MATA, F. “Prueba electrónica: Problemas del presente y retos del futuro” en AA.VV.: *La prueba en el Proceso. Perspectivas nacionales*, 2018 (TOL6.977.375), pág. 3

⁵ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C. “Valor probatorio de los correos electrónicos” en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10/2019 (BIB 2019/8948).

⁶ CERVILLA GARZÓN, M^a JOSÉ, “Los ‘pantallazos’ de los mensajes ‘Whatsapp’ como medio de prueba en el proceso laboral” en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11/2016, págs.177-183.

permiten adaptar la legislación a la realidad social actual, incorporando nuevos criterios jurisprudenciales que establezcan las garantías necesarias para la admisión de estos elementos en el proceso.

En el orden jurisdiccional social, si bien la mayor parte de las resoluciones admiten los mensajes *WhatsApp* como medio de prueba, generalmente queda supeditado a su aportación mediante un medio de prueba garantista de su autenticidad y veracidad⁷ y no limitarse únicamente a un “pantallazo” de la conversación.

Por otro lado, es requisito indispensable para admitir este tipo de pruebas en sede judicial que las mismas hayan sido obtenidas de forma lícita, esto es, que en el momento de su obtención se hayan respetado los derechos fundamentales.

En esta esfera, entran particularmente en juego el derecho al secreto de las comunicaciones y el de la intimidad, de modo que se debe actuar con especial cautela a fin de que, en vistas a la posible alegación por la parte contraria de haber infringido alguno de estos derechos, se evite la inadmisión de la prueba por parte del juez.

2. MARCO JURÍDICO GENERAL

2.1. Los documentos electrónicos

Los procesos de digitalización y el avance de las nuevas tecnologías en los últimos años han adquirido especial relevancia en el ámbito judicial, y de manera especial en los actos procesales.

Este hecho ha provocado la articulación del concepto de prueba, originando el concepto específico de “prueba electrónica”⁸, que alude a aquella que emana de las nuevas “tecnologías de la información y comunicación” (TIC), y al que también se

⁷ CERVILLA GARZÓN, M^a JOSÉ, “Los ‘pantallazos’ de los mensajes ‘Whatsapp’... *op. cit.* Págs. 177-183.

⁸ GARRIDO CARRILLO, F.J., “La prueba electrónica en los procesos civiles y penales”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 16,17 y 18/2017, pág. 2.

refieren los términos análogos, prueba por soportes informáticos, prueba por documentos electrónicos, prueba tecnológica o prueba instrumental, entre otros.⁹

Si bien el concepto de prueba electrónica presenta un vacío legal en la normativa nacional en cuanto a su definición, es preciso remitirse hacia figuras como el documento electrónico, con el fin de tomar referencias para delimitar la naturaleza jurídica de la información digital o de origen electrónico¹⁰.

Así, el artículo 3.35 del Reglamento (UE) núm. 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE, entiende por documento electrónico *“todo contenido almacenado en formato electrónico, en particular, texto o registro sonoro, visual o audiovisual”*.

Del mismo modo, el ordenamiento jurídico español establece en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, y concretamente en el artículo 3.5 que, *“se considera documento electrónico la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado”*.

Seguidamente, el apartado 3.6 de esta ley señala que el documento electrónico puede ser soporte de documentos públicos firmados electrónicamente por funcionarios con facultad para dar fe pública, por empleados públicos en el ejercicio de sus funciones y también puede ser soporte de documentos privados. Ahora bien, su valor y eficacia será la que corresponda a su naturaleza. Así lo dispone el Art. 3.7 de la Ley de Firma Electrónica: *“Los documentos a que se refiere el apartado anterior tendrán el valor y la eficacia jurídica que corresponda a su respectiva naturaleza, de conformidad con la legislación que les resulte aplicable”*.

⁹ ABEL LLUCH, X. y PICÓ I JUNOY, J. (Directores), *La prueba electrónica*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2011, págs. 21 y 22.

¹⁰ BUENO DE MATA, F. “Prueba electrónica: Problemas del presente y retos del futuro” en AA.VV.: *La prueba en el Proceso. Perspectivas nacionales*, 2018 (TOL6.977.375), pág. 1.

De estas definiciones se desprende una de las principales particularidades del documento electrónico respecto del documento tradicional, que es el medio o soporte en el que se expresa su contenido y que es necesario para su interpretación, no siendo el papel sino el informático.¹¹ Asimismo, se exige que la información recogida en dicho soporte electrónico permita que esta sea identificada y tratada de forma independiente.

A este respecto, SANCHIS CRESPO¹² define la prueba electrónica como *“aquella información contenida en un dispositivo electrónico a través de la cual se adquiere el conocimiento de un hecho controvertido, bien mediante el convencimiento psicológico, bien al fijar este hecho como cierto atendiendo a una norma legal”*.

En relación con su admisibilidad, *“no toda información presentada en soporte digital tiene pleno valor probatorio en los procesos judiciales”* de modo que es preciso analizar las normas procesales para determinar la validez del documento electrónico como prueba en los mismos y encontrar el correcto encaje procesal de este tipo de información en alguno de los medios de prueba a través de los cuales pueda tener acceso al proceso¹³.

En la práctica, los archivos de *WhatsApp* responderían en todo caso a un documento privado, por lo tanto, su veracidad dependería de que hubiesen sido correctamente firmados, tal y como dispone el art. 3.8 de la Ley 59/2003 de Firma Electrónica: *“El soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente será admisible como prueba documental en juicio. Si se impugnan la autenticidad de la firma electrónica reconocida con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico se procederá a comprobar que se trata de una firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido, que cumple todos los requisitos y condiciones establecidos en esta Ley para este tipo de certificados, así como que la firma se ha generado mediante un dispositivo seguro de creación de firma electrónica”*.

¹¹ PÉREZ PALACÍ, J.E. “La prueba electrónica: Consideraciones”, Universitat Oberta de Catalunya. 07/2014. pág. 6. Disponible en:

<http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/39084/1/PruebaElectronica2014.pdf>

¹² SANCHIS CRESPO, C., “La prueba en soporte electrónico”, en VALERO TORRIJOS, J. (coord.), *Las Tecnologías de la Información y de la Comunicación en la Administración de Justicia. Análisis sistemático de la Ley 18/2011, de 5 de julio*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, págs. 707 y ss.

¹³ ROJAS ROSCO, R. “La prueba digital en el ámbito laboral ¿son válidos los ‘pantallazos’?”, en OLIVA LEÓN, R. y VALERO BARCELÓ, S., *La prueba electrónica. Validez y eficacia procesal*, Juristas con Futuro, 2016, pág. 92.

Este requisito conlleva que normalmente los mensajes de *WhatsApp* no sean aportados al juicio como documento electrónico sino como prueba de reproducción de la palabra y como se verá a continuación, necesitada de pruebas adicionales para comprobar su autenticidad.

2.2. La recepción de los medios de prueba digital en la LECiv y LRJS

En el ámbito procesal laboral, la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LRJS) establece en su artículo 90.1 sobre la admisibilidad de los medios de prueba, que las partes, siempre y cuando justifiquen la utilidad y pertinencia de las diligencias que hayan sido propuestas, podrán servirse *“de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la ley para acreditar los hechos controvertidos o necesitados de prueba, entre los cuales incluye “los procedimientos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido o de archivo y reproducción de datos” y exige, que estos deben ser aportados “por medio de soporte adecuado y poniendo a disposición del órgano jurisdiccional los medios necesarios para su reproducción y posterior constancia en autos”.*

Seguidamente, advierte en el apartado segundo del mismo artículo de la inadmisión en el proceso laboral de aquellas pruebas con origen directo o indirecto en procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas. Igualmente, el art. 90.2 LRJS dispone que la inadmisión de pruebas que hubiesen supuesto la violación de derechos fundamentales o libertades públicas en su obtención, podrán ser impugnadas de oficio por el tribunal o por cualquiera de las partes, en el momento de la proposición de la prueba, excepto que se pusiese de manifiesto en el momento de la práctica de la prueba, una vez esta hubiese sido admitida; cuestión que se analizará con mayor profundidad en un epígrafe posterior.

Atendiendo a los medios de prueba que prevé la LRJS específicamente para el proceso laboral, serán los enumerados en los artículos 91 a 95, siendo estos el interrogatorio de las partes, el interrogatorio de testigos, la prueba pericial, la prueba documental y el informe de expertos, entre los cuales no se aprecia precepto alguno que

regule de manera específica el documento o prueba electrónica¹⁴, más allá de lo establecido en el artículo 90.1 LRJS al mencionar que son admitidos como medios de prueba *“los procedimientos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido o del archivo y reproducción de datos”*

De este modo, al no existir una regulación completa sobre la figura de la prueba electrónica¹⁵ en la LRJS, ni de la forma en la que esta debe ser tratada en sede judicial, serán de aplicación subsidiaria en el orden jurisdiccional social las disposiciones generales sobre los medios de prueba recogidos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LECiv), tal y como lo recoge el artículo 4 de la misma¹⁶ y la Disposición final cuarta de la LRJS.

Así, el artículo 299 LECiv en su apartado 2º reconoce la prueba a través de *“medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen”* por un lado, y por otro, los *“instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos o cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso”*, que han sido denominados como medios de prueba *“modernos”*¹⁷, originados a consecuencia de la revolución tecnológica de los últimos años.

Por su parte, el apartado tercero del mismo artículo actúa como una *“cláusula abierta que permite la incorporación de nuevas fuentes de prueba”*¹⁸, admitiendo que puedan ser incorporados medios de prueba *“futuros”*, al hacer referencia a que las partes utilicen, en aras a obtener certeza sobre los hechos que deban ser probados en juicio, *“cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores”*, debiendo ser admitidos estos por el tribunal.

De la regulación contenida en la LECiv se aprecia una clara distinción de los medios de prueba electrónicos respecto a los documentos tradicionales, de donde se

¹⁴ BUENO DE MATA, F. “Prueba electrónica: Problemas del presente y retos del futuro” en AA.VV.: *La prueba en el Proceso. Perspectivas nacionales*, 2018 (TOL6.977.375), págs.1-3.

¹⁵ ROJAS ROSCO, R. “La prueba digital en el ámbito laboral ¿son válidos los ‘pantallazos’?”, en OLIVA LEÓN, R. y VALERO BARCELÓ, S., *La prueba electrónica. Validez y eficacia procesal*, Juristas con Futuro, 2016, págs. 92-93.

¹⁶ “En defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente Ley”, artículo 4 LECiv.

¹⁷ ABEL LLUCH, X. y PICÓ I JUNOY, J. (Directores), *La prueba electrónica...*, op. cit., pág. 64.

¹⁸ ABEL LLUCH, X. y PICÓ I JUNOY, J. (Directores), *La prueba electrónica...*, op.cit., pág. 100.

deduce que, a efectos de la misma, los medios de prueba digitales son considerados independientes a la prueba documental¹⁹.

Así, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, y los instrumentos que permiten archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso se regulan según lo establecido en los artículos 382 a 384 de la LECiv, respectivamente, y su valoración por parte del tribunal queda sujeta a las reglas de la sana crítica (arts. 382.3 y 384.3 LECiv).

Para ambos casos, la Ley 1/2000 establece que a estos medios de prueba electrónicos se podrán acompañar dictámenes y medios de prueba instrumentales que las partes consideren relevantes para reforzar la certeza de los hechos que deban probar, o cuando se cuestione la autenticidad y exactitud de lo reproducido (arts. 382.2 y 384.2 LEC)²⁰. De forma análoga, el artículo 352 LECiv, referente a la prueba del dictamen pericial, establece que *“cuando sea necesario o conveniente para conocer el contenido o sentido de una prueba o para proceder a su más acertada valoración, podrán las partes aportar o proponer dictámenes periciales sobre otros medios de prueba admitidos por el tribunal al amparo de lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 299.”*

Respecto a la prueba por “instrumentos de filmación, grabación y semejantes”, el artículo 382.1 LECiv establece, la necesidad de aportar, además, una *“transcripción escrita de las palabras contenidas en el soporte de que se trate y que resulten relevantes para el caso”*.

3. APORTACIÓN DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA AL PROCESO

Como se ha podido observar, las comunicaciones mantenidas a través de la aplicación de mensajería *Whatsapp* encuentran su encaje en los denominados “nuevos medios de prueba” a los que se refiere el artículo 299.2 de la LECiv y a los que la

¹⁹ ORTUÑO NAVALÓN, M^a del C. “La prueba electrónica y el documento electrónico”, *La prueba electrónica ante los tribunales*, Tirant lo Blanch, 2014. (TOL4.125.955)

²⁰ Artículo 382.2 LECiv *“La parte que proponga este medio de prueba podrá aportar los dictámenes y medios de prueba instrumentales que considere convenientes. También las otras partes podrán aportar dictámenes y medios de prueba cuando cuestionen la autenticidad y exactitud de lo reproducido”*.

normativa ha dado un tratamiento diferenciado²¹ respecto a los medios de prueba tradicionales que recoge el artículo 299.1 de la LECiv. En el ámbito específico laboral, el art. 90.1 LRJS reconoce como medios de prueba los de reproducción de la palabra e imagen.

Hoy en día, el contenido de estas conversaciones de *WhatsApp* sirve como fuente de prueba, siendo admitido al igual que las comunicaciones mantenidas a través de los correos electrónicos, otras aplicaciones de mensajería o de las redes sociales, que pueden servir de distintos cauces para acceder al proceso

3.1. Acreditación de la veracidad de las comunicaciones

La Ley de Firma Electrónica establece en su artículo 3.6 que el documento electrónico será soporte de documentos públicos, documentos expedidos y firmados electrónicamente por funcionarios o empleados públicos y documentos privados, reconociendo en el apartado siguiente que los mismos tendrán el valor y eficacia jurídica que corresponda a su respectiva naturaleza, en atención a la legislación aplicable en cada caso.

En la actualidad, es una práctica común que la aportación de este tipo de contenido se realice a través de un “pantallazo”²² o impresión en papel de las conversaciones²³, tratándose de asimilar a un documento privado, del mismo modo que ocurre con la impresión de los correos electrónicos, que, al fin y al cabo, son documentos que se recogen en un soporte electrónico, en lugar del papel²⁴. Sin embargo, no se considera como una prueba documental stricto sensu.

Del mismo modo que venía ocurriendo con los correos electrónicos, la mera aportación en papel de las conversaciones ha suscitado diversos problemas prácticos en

²¹ MORALES VALLEZ, C. *La prueba electrónica en el proceso laboral y el control de los medios tecnológicos por el empresario*, Sepín, Madrid, 7/2018.

²² El término “Pantallazo” (en inglés *screenshot*) se refiere a la “captura del contenido que se visualiza en la pantalla de una computadora”, Real Academia Española (RAE).

²³ GARCIA MESCUA, D. *Aportación de mensajes de WhatsApp a los procesos judiciales*, Granada, 2018, pág. 23.

²⁴ GARRIDO CARRILLO, F.J., “La prueba electrónica en los procesos civiles y penales”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 16,17 y 18/2017, pág. 7. TOL6.084.997.

cuanto a su admisibilidad en sede judicial²⁵, llegando a ser rechazados en algunas ocasiones por los Tribunales como prueba en el proceso.

En relación con ello, GARCÍA MESCUA incide en que el formato original del *WhatsApp* no es el papel, sino el electrónico, de forma que considera una “*incongruencia*” aportarlo de esta forma al proceso, pues “*desde el archivo digital original hasta el momento de imprimirlo se pueden producir todo tipo de alteraciones y modificaciones*”²⁶.

La Asociación de Internautas²⁷ ha advertido de la existencia de múltiples formas de modificar y manipular conversaciones de *WhatsApp* sin necesidad de ser un experto o contar con amplios conocimientos en materia informática, pues existen herramientas y aplicaciones móviles como “*WhatsApp Toolbox*” o “*Fake WhatsApp*” que realizan este tipo de función de manera muy sencilla²⁸. Es por ello, que sugiere actuar con cautela en los procesos judiciales en los que sean aportadas este tipo de pruebas digitales.

Así pues, la forma más idónea de aportar cualquier comunicación electrónica (ya sea correo electrónico, *WhatsApp*, redes sociales, etc.) al procedimiento es hacerlo en su soporte original – soporte electrónico -, además de la transcripción del texto en papel y poner a disposición en juicio, igualmente, el dispositivo o equipo informático de donde se han obtenido dichas comunicaciones. Se trata, en definitiva, de “*aportar inicialmente, con independencia de la posible impugnación de parte, más que indicios sobre la verificación de la identidad y realidad de un correo o comunicación electrónica*”.²⁹

Independientemente de ello, existen otras formas a través de las cuales se puede garantizar cierta credibilidad a las pruebas aportadas. Entre otras, es posible que las partes

²⁵ En este sentido, Guillermo L. Barrios apunta, en relación con la aportación de los correos electrónicos al proceso judicial, que no es de extrañar que “en aras de determinar si los correos electrónicos aportados al proceso judicial son o no originales se descarte, de entrada, los aportados única y exclusivamente en soporte papel (o documento electrónico)”. BARRIOS BAUDOR, G. “La integridad y/o autenticidad de los medios de prueba digital en el proceso laboral” en *Estudios Financieros. Revista de trabajo y seguridad social: comentarios, casos prácticos*, rec. 2017 (415) págs. 23-52.

²⁶ GARCÍA MESCUA, D. *Aportación de mensajes de WhatsApp a los procesos judiciales*, op. cit. pág. 36.

²⁷ “¿Se pueden manipular bajo el control de un virus troyano nuestros SMS y WhatsApp?”, Asociación de Internautas, disponible en: <https://www.internautas.org/html/8474.html>

²⁸ MUNÍN SÁNCHEZ, LARA M., “El WhatsApp como medio de prueba en el proceso laboral. A propósito de una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 28 de enero de 2016”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 20 (2016), pp. 479-485.

²⁹ “La prueba electrónica”, *Comentarios Jurisprudenciales*, Abogados Carranza, disponible en: <http://www.abogadoscarranza.com/content/la-prueba-electr%C3%B3nica>

acudan al notario con el objeto de acreditar la existencia de dichas comunicaciones a través del acta notarial.³⁰ A tal respecto, es preciso indicar que el notario se limita a dar fe del contenido que percibe de un dispositivo, transcribiendo el contenido de los mensajes e identificando datos relevantes como pueden ser la fecha y hora en la que han sido enviados y recibidos, número de teléfono del emisor y receptor, etc., aunque la inexistencia de manipulación en las conversaciones no queda garantizada con absoluta certeza.

Igualmente, el Letrado de la Administración de Justicia también puede levantar acta judicial de las conversaciones mantenidas a través de WhatsApp³¹, acreditando únicamente la existencia de tales conversaciones, pero no las posibles modificaciones que se hubiesen podido realizar, de forma que, aspectos tan relevantes como la autenticidad o la integridad de los mensajes no quedarían aseguradas.³²

Teniendo en cuenta la facilidad de manipulación de este tipo de prueba, lo más recomendable es aportar, junto con la prueba digital, la prueba pericial informática, siendo esta, como se verá en las próximas líneas, la fórmula más idónea que permite dictaminar la existencia o no de manipulación en dichas conversaciones.

La prueba pericial³³, que pretende, en definitiva, “*garantizar en el proceso judicial la originalidad, autenticidad e integridad de la información digital que se presente como prueba digital*”³⁴, puede ser aportada al proceso con “doble finalidad”, ya sea con objeto de reforzar o acompañar a la prueba electrónica como otro medio de prueba

³⁰ GOÑI IRULEGUI, A.M., “El valor probatorio de los mensajes de ‘Whatsapp’ en el proceso laboral”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 233/2020 parte Estudios., Editorial Aranzadi, S.A.U, Cizur Menor, 2020, pág. 15.

³¹ GOÑI IRULEGUI, A.M., “El valor probatorio de los mensajes de ‘Whatsapp’ en el proceso laboral”, *op. cit.* pág. 15

³² GARCIA MESCUA, D. *Aportación de mensajes de WhatsApp a los procesos judiciales*, *op. cit.* págs. 30 -35.

³³ “La prueba pericial es un medio de prueba e instrumento técnico del que se vale el juez, por no tener conocimientos científicos, artísticos o profesionales que son necesarios para la solución de la cuestión litigiosa. Es una prueba propuesta por las partes o de oficio por el mismo juez (en el ámbito laboral cabe esta posibilidad vía asistencia jurídica gratuita)”, ALBERT EMBUENA, V. “Las pruebas en los procesos por incapacidad permanente; en especial, la prueba pericial”, AA.VV: *La prueba en el Proceso Laboral*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017. pág. 192

³⁴ ROJAS ROSCO, R. “La prueba digital en el ámbito laboral ¿son válidos los ‘pantallazos’?”, *op.cit.* pág. 95.

complementario, o bien de avalar la eficacia de la fuente de prueba, si esta es impugnada por la parte contraria.³⁵

En la esfera de los correos electrónicos, que a este respecto puede ser aplicable también a las conversaciones mantenidas a través de *WhatsApp*, BARRIOS BAUDOR³⁶ señala que resulta obvio que no sería necesaria la intervención de un experto informático cuando la veracidad de los correos electrónicos aportados al juicio no se encontrase comprometida o no devengase imprescindible la concurrencia de conocimientos técnicos en materia informática; en cuyo caso, las partes podrían servirse de otras pruebas distintas, como pueden ser el interrogatorio de partes, testificales, etc., y no necesariamente las de carácter informático.

BARRIOS recuerda, adicionalmente, que corresponde al órgano jurisdiccional competente la valoración de la prueba aportada conforme a las reglas de la sana crítica (art. 384.3 LECiv)³⁷, de tal forma que, con independencia de la aportación al proceso del dispositivo electrónico o soporte informático del que se haya extraído la información, de la transcripción de las conversaciones y del correspondiente informe pericial elaborado por profesionales expertos informáticos, se atienda a otros medios de prueba complementarios que las partes hubiesen incorporado al proceso.

En este sentido, adquieren especial relevancia la práctica de la prueba testifical de quienes tuviesen conocimiento de tales comunicaciones, o el interrogatorio de las partes que hubiesen sido partícipes en el intercambio de las comunicaciones realizadas, pudiendo declarar ante el juez sobre la autoría de las mismas, su contenido, y advenir su integridad y autenticidad³⁸, tal y como ocurre en la SJS núm. 3 de Pamplona, de 20 de marzo de 2017³⁹, en la que un jugador profesional de fútbol niega rotundamente en la prueba de interrogatorio haber remitido correos electrónicos desde su ordenador en los que se le vincularía con el Club Atlético Osasuna.

³⁵ ABEL LLUCH, X. y PICÓ I JUNOY, J. (Directores), *La prueba electrónica*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2011, pág. 127.

³⁶ BARRIOS BAUDOR, G. “La integridad y/o autenticidad de los medios de prueba digital en el proceso laboral”, *op. cit.* pág. 44.

³⁷ BARRIOS BAUDOR, G. “La integridad y/o autenticidad de los medios de prueba digital en el proceso laboral”, *op. cit.* pág. 46.

³⁸ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C. “Valor probatorio de los correos electrónicos” en *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 10/2019, pág. 13 (BIB 2019/8948).

³⁹ Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Pamplona, de 20 de marzo de 2017 (AS/2017/1799).

En conclusión, se debe procurar aportar al proceso todo tipo de pruebas accesorias o instrumentales que faciliten trasladar al órgano judicial la absoluta convicción sobre la autenticidad e integridad de la prueba electrónica que acompañan⁴⁰, todo ello, teniendo en cuenta la complejidad en sí misma que se desprende de la naturaleza digital de los sistemas de comunicación electrónica.

Si bien no se trata de materia laboral, cabe destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2015 (Sala de lo Penal)⁴¹ conocida como “Caso Tuenti” en el que sienta el criterio para aceptar el valor probatorio de los sistemas de comunicación digital – en este caso los “pantallazos” de la red social Tuenti -, que posteriormente ha sido acogido por los distintos tribunales en el ámbito jurisdiccional social y que puede ser aplicable al WhatsApp⁴².

A este respecto, el Tribunal Supremo advierte que, cualquier comunicación bidireccional que se dé a través de los multitudinarios sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada “con todas las cautelas”, pues *“la posibilidad de una manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa ese intercambio de ideas forma parte de la realidad de las cosas”*. Prosigue, además, que *“el anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida, hacen perfectamente posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo. De ahí que la impugnación de la autenticidad de cualquiera de esas conversaciones, cuando son aportadas a la causa mediante archivos de impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria. Será indispensable en tal caso la práctica de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la integridad de su contenido”*. (FJ 4º).

Así, el Tribunal concluye que, en caso de que se impugne por la parte contraria la autenticidad de las conversaciones mantenidas a través de sistemas de mensajería digital,

⁴⁰ “La prueba electrónica”, *Comentarios Jurisprudenciales*, Abogados Carranza, disponible en: <http://www.abogadoscarranza.com/content/la-prueba-electr%C3%B3nica>

⁴¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 300/2015, de 19 de mayo de 2015. (RJ 2015/1920).

⁴² GOÑI IRULEGUI, A.M., “El valor probatorio de los mensajes de ‘Whatsapp’ en el proceso laboral”, *op. cit.* pág. 22.

será necesaria la práctica de la prueba pericial, además de la aportación de los mensajes al proceso.

3.2. Validez como medio de prueba en la doctrina judicial del orden social

3.2.1. La necesidad de aportar prueba complementaria

En el orden jurisdiccional social, si bien existen multitud de sentencias que han tratado esta cuestión, no existe un criterio completamente uniforme en cuanto a los requisitos que han adoptado los tribunales para que este tipo de conversaciones sean admitidas en el proceso como medios de prueba con plena validez,⁴³ ni tampoco hay, por el momento, manifestación alguna en el orden jurisdiccional social del Tribunal Supremo en relación a esta cuestión.

No obstante, aun con criterios dispares en cuanto a la admisibilidad de la prueba en soporte electrónico, es posible vislumbrar *“una cierta tendencia hacia la convergencia con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en el orden penal”*⁴⁴, enfatizando en las mismas cautelas sobre los riesgos de manipulación de este tipo de conversaciones.

Algunas sentencias han admitido los “pantallazos” de *WhatsApp* como prueba válida sin exigir ningún requisito adicional. En este sentido, cabe destacar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 16 de octubre de 2015⁴⁵, en la que se reconoce pleno valor probatorio a los mensajes *WhatsApp* aportados por una de las partes, entendiendo el Tribunal, que las nuevas tecnologías *“obligan a valorar como medios de prueba elementos que no han podido ser tenidos en cuenta por la legislación procesal, pero que en atención a cuanto establece el artículo 3.1 del Código Civil (LEG 1889,27) deben aceptarse como válidos, al responder a la realidad social de nuestro tiempo”*.

⁴³ GOÑI IRULEGUI, A.M., “El valor probatorio de los mensajes de ‘Whatsapp’ en el proceso laboral”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 233/2020 parte Estudios., Editorial Aranzadi, S.A.U, Cizur Menor. 2020, pág. 23.

⁴⁴ CERVILLA GARZÓN, M^a JOSÉ., “Efectos del uso de la aplicación ‘Whatsapp’ en el marco de las relaciones laborales” en *Revista andaluza de trabajo y bienestar social. Temas Laborales*, núm. 136, 2017, pág. 95.

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, núm. 6096/2015, de 16 de octubre de 2015 (JUR 2015/280620).

Asimismo, en la STSJ de Cantabria de 4 de septiembre de 2015⁴⁶, se admite la reproducción de las conversaciones de *WhatsApp* entre el demandante, quien había sido despedido, y un compañero de trabajo, en virtud del artículo 90 LRJS, que permite a las partes servirse de los medios de prueba regulados en la Ley, entre los que incluye los procedimientos de reproducción de la palabra, la imagen, el sonido o de archivos y medios de reproducción de datos.

El Tribunal sostiene que las conversaciones mantenidas a través del servicio de mensajería instantánea *WhatsApp* vienen siendo admitidas como medio de prueba en los Juzgados de lo Social y en las distintas salas de lo social, sin exigir ningún requisito adicional para otorgarles pleno valor probatorio.

No obstante, la mera aportación de la transcripción de estas conversaciones como medio de prueba no siempre resulta suficiente, pues el carácter fácilmente manipulable de estos mensajes puede suscitar cierta incertidumbre al juez en cuanto a su autenticidad, y fruto de ello, mermar su valor probatorio⁴⁷. Es por ello, que la mayor parte de sentencias niegan la concesión “sin más” del valor probatorio a los mensajes de *WhatsApp* cuando estos son aportados sin ningún otro medio de prueba adicional que acredite su autenticidad e integridad.⁴⁸

En este sentido, cabe destacar la STSJ de Galicia de 28 de enero de 2016⁴⁹ que resuelve por primera vez – al menos en Suplicación.⁵⁰ – la manera de incorporar al proceso laboral los mensajes de *WhatsApp* para que estos puedan ser válidos como medios de prueba.

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, núm. 662/2015, de 4 de septiembre de 2014, número recurso 519/2015. (JUR/2015/260327)

⁴⁷ ROJAS ROSCO, R. “La prueba digital en el ámbito laboral ¿son válidos los ‘pantallazos’?”, en OLIVA LEÓN, R. y VALERO BARCELÓ, S., *La prueba electrónica. Validez y eficacia procesal*, Juristas con Futuro, 2016, pág. 93.

⁴⁸ GOÑI IRULEGUI, A.M., “El valor probatorio de los mensajes de ‘Whatsapp’ en el proceso laboral”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 233/2020 parte Estudios., Editorial Aranzadi, S.A.U, Cizur Menor. 2020, pág. 24.

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Galicia, de 28 de enero de 2016, Recurso Suplicación núm. 4577/2015 (JUR/2016/45246)

⁵⁰ MUNÍN SÁNCHEZ, LARA M., “El WhatsApp como medio de prueba en el proceso laboral. A propósito de una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 28 de enero de 2016”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 20 (2016), pp. 479-485.

Dicha sentencia, que resuelve el recurso de Suplicación que interpone un trabajador contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Vigo 471/2015, de 5 de agosto, al haber sido desestimada inicialmente su demanda por despido, deniega la consideración como documento privado a la presentación de una captura de pantalla (“pantallazo”) de un mensaje de *WhatsApp*.

El trabajador prestaba sus servicios para una empresa dedicada a actividades subacuáticas y aportó en el procedimiento judicial, como medio de prueba, el contenido de un mensaje *WhatsApp* en forma de “pantallazo” para acreditar que la empresa había procedido a despedirle de forma improcedente, sirviéndose, en virtud del artículo 299 LECiv, de la prueba documental privada.

El Tribunal Superior de Justicia de Galicia se encamina en la misma línea que el Magistrado de Instancia concluyendo que dicho mensaje no era revelador de ningún despido como pretendía el recurrente, pero lo que realmente es destacable es la argumentación del Tribunal en cuanto a los requisitos necesarios para que el mensaje *WhatsApp* pueda ser considerado como un medio de prueba válido en el proceso.⁵¹

El Tribunal determina que la parte no ha cumplido con los requisitos exigidos para estimar correctamente aportada la prueba de una conversación de *WhatsApp*, de modo que rechaza la mera presentación de un “pantallazo”, al disponer literalmente, que *“para considerar una conversación de WhatsApp como documento – a los fines del proceso laboral-, sería preciso que se hubiese aportado no sólo la copia en papel de la impresión de pantalla o, como se denomina usualmente, “pantallazo” – que es lo único que se cumple por el actor, sino una transcripción de la conversación y la comprobación de que de ésta se corresponde con el teléfono y con el número correspondientes”*.

En respuesta a ello, el Tribunal recalca, en primer lugar, la necesidad de aportar físicamente el teléfono móvil del actor al proceso con el fin de que el Letrado de la Administración de Justicia levante acta de su contenido, incluyendo la transcripción de los mensajes recibidos en el dispositivo, o, incluso se aporte un acta notarial sobre los mismos extremos.

⁵¹ CERVILLA GARZÓN, M^a JOSÉ, “Los ‘pantallazos’ de los mensajes ‘Whatsapp’ como medio de prueba en el proceso laboral” en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11/2016, pág.2

A este respecto, advierte sobre *“los riesgos que pueden existir de manipulación – a través de múltiples programas informáticos – de la conversación, imagen o números que se reflejan”*, pudiendo ser rechazada su eficacia probatoria por el Magistrado que valore dicha prueba.

Por otro lado, el Tribunal aduce, tal como lo hizo la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en la ya mencionada Sentencia de 19 de mayo de 2015 (“Caso Tuenti”), a la posibilidad de que la parte aporte una prueba pericial informática en la que se haga constar la inexistencia de manipulación de dichas conversaciones, siendo esta, tal y como considera el Tribunal *“el medio de prueba que da verdaderas garantías de la inexistencia de engaño o manipulación en el contenido de los mensajes y el que daría garantías de la admisión de su veracidad al juzgador”*.⁵²

El TSJ de Galicia, en la Sentencia de 28 de enero de 2016 profundiza esta cuestión al señalar en el fundamento de derecho cuarto los siguientes requisitos para que una conversación de este tipo pueda ser considerada válidamente aportada al proceso: a) Cuando la parte interlocutora de la conversación no impugna la conversación; b) Cuando reconoce expresamente dicha conversación y su contenido; c) Cuando se compruebe su realidad mediante el cotejo con el otro terminal implicado (exhibición); d) Cuando se practique una prueba pericial que acredite la autenticidad y envío de la conversación, para un supuesto diferente de los anteriores.

Siguiendo el hilo de la STSJ de Galicia de 28 de enero de 2016 se encuentra la sentencia del Juzgado de lo Social, núm. 1 de Logroño, de 20 de junio de 2019⁵³ en la que una trabajadora aporta como únicas pruebas una serie de transcripciones de mensajes y conversaciones vía *WhatsApp* que había mantenido con el supuesto gerente o encargado de la empresa. Dichos documentos fueron impugnados por la parte contraria al ser documentos privados que no fueron corroborados por la otra persona partícipe de tales conversaciones y cuestionando su autenticidad por el Tribunal al señalar que *“han podido*

⁵² CERVILLA GARZÓN, M^a JOSÉ, “Los ‘pantallazos’ de los mensajes ‘Whatsapp’ como medio de prueba en el proceso laboral” en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11/2016, pag.3

⁵³ Sentencia del Juzgado de lo Social de Logroño, núm. 161/2019 de 20 de junio de 2019. (JUR/2019/265728)

ser elaborados al efecto por la propia trabajadora”, no les otorga valor probatorio alguno.

Esta parece ser la tendencia mayoritaria entre los Tribunales Superiores de Justicia, que exigen que se complete la prueba de *WhatsApp* con otras pruebas adicionales como el interrogatorio de testigos o la pericial informática, que aseguren la veracidad de los hechos contenidos en las comunicaciones de esta aplicación de mensajería instantánea⁵⁴.

En algunas ocasiones, sin embargo, será necesaria la aportación de este tipo de pruebas adicionales únicamente cuando exista una impugnación por alguna de las partes, y no antes⁵⁵. Así es como ocurrió en la STSJ de Cataluña de 12 de abril 2018⁵⁶, que, dadas las circunstancias concurrentes en el caso, el Juez de instancia no precisó de prueba pericial informática alguna. En relación con ello, el Tribunal establece que, el hecho de que los mensajes de *WhatsApp* no sean reconocidos por la otra parte, no supone automáticamente que quien los propuso acredite la validez o veracidad de su contenido por cualquier otro medio de prueba, sino que aquel puede solicitar su cotejo en el acto judicial o proponer cualquier otro medio de prueba útil y pertinente. Añade, por el contrario, que, si ello no se lleva a cabo, en virtud del artículo 326.2 LECiv, no se produciría el rechazo de los documentos desde el punto de vista de su valoración, sino que *“el tribunal lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica”*.⁵⁷

3.2.2. El *WhatsApp* como prueba diferenciada de la documental

En cuanto a la consideración del *WhatsApp* como prueba documental, son varias las sentencias que niegan el valor de este como documento. Así lo ha manifestado el

⁵⁵ COLÀS-NEILA, E. y YÉLAMOS BAYARRI, E. “El *WhatsApp* como prueba de hechos discutidos en el proceso laboral. ¿Más exigencias que una prueba tradicional?” en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 8 nº2, 2020, pág. 49.

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, núm. 2139/2018 de 12 de abril (JUR/2018/206418)

⁵⁷ En relación con ello, el TSJ de Cataluña advierte lo siguiente: *“Es cierto que un whatsapp puede ser manipulado, como puede serlo todo documento que se aporte en el proceso, pero también pueden ser manipulados los testigos e incluso los peritos, y no por ello se sustraen al conocimiento del órgano judicial, que deberá valorar, insistimos, conforme a las reglas de la sana crítica la totalidad del acervo probatorio obrante en autos”*.

Tribunal Superior de Justicia de Galicia en su Sentencia núm. 622/2017 de 27 de enero⁵⁸ en la que sostiene que “un mensaje de *WhatsApp* no es un documento (STS 26 de noviembre de 2012 (RJ 2013,357), rec. 786/2012)” sino que se trata de un medio de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen que encuentra su encaje en los artículos 382 a 384 de la LECiv. Añade, además, que *“está regulado de forma separada a la prueba documental, su aportación al proceso es diferente, la valoración que ha de dársele a dicha prueba también es diferente por lo que no se tratan de medios de prueba equiparables sin que pueda admitirse la revisión fáctica con base a estos medios de prueba por no tratarse de prueba documental o pericial”*.

Posteriormente, el mismo Tribunal en la reciente Sentencia de 22 de enero de 2020⁵⁹, que apunta en la misma dirección que la anterior, alude al *WhatsApp* como uno de los medios de prueba a los que se refiere el art. 299.2 de la LEC⁶⁰, distinguiéndolo de los medios de prueba tradicionales que recoge el artículo 299.1 LECiv.⁶¹

Adicionalmente, insiste en que la diferencia entre unos y otros, no solo se da en cuanto a la forma de aportación y práctica de la prueba, sino también respecto de su valoración.⁶²

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, resulta importante traer a colación, que la catalogación de la prueba de *WhatsApp* como uno de los nuevos medios de prueba que prevé el art. 299.2 LECiv y no como prueba documental, tiene una repercusión trascendental en cuanto al acceso al recurso de suplicación⁶³

⁵⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, núm. 622/2017 de 27 de enero (JUR 2017/62103)

⁵⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 22 de enero, núm. rec. 5457/2019 (JUR/2020/135459)

⁶⁰ Art. 299.2 LECiv: *“También se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso”*.

⁶¹ Estos son el Interrogatorio de las partes, los documentos públicos y privados, el dictamen de peritos, el reconocimiento judicial y el interrogatorio de testigos.

⁶² A tal respecto, señala el TSJ que: *“mientras la prueba documental está sometida a un sistema mixto de valoración probatoria (tasada en determinados documentos públicos y privados, y libre en los restantes) los medios nuevos de prueba están sometidos al sistema de valoración libre ya que tanto en el supuesto del art. 382 LEC como en el supuesto del art. 384 LEC señalan que serán valorados conforme a las reglas de la sana crítica)*.

⁶³ *“Sin en el Juzgado de lo Social únicamente se aporta la prueba como medio de reproducción de la palabra, imagen o sonido, los hechos que incorporan no podrán ser revisados por el Tribunal Superior de Justicia”*. COLÀS-NEILA, E. y YÉLAMOS BAYARRI, E. “El WhatsApp como prueba de hechos

En relación con ello, el art. 193.b) LRJS establece que el recurso de suplicación tendrá por objeto la revisión de los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas. Por consiguiente, la prueba de *WhatsApp* “no puede considerarse documental fehaciente a los efectos del artículo 193.b) LRJS”. (Entre otras, STSJ Cataluña, núm. 6781/2017 de 13 de noviembre⁶⁴ y STSJ de C. Valenciana núm. 3207/2018 de 6 de noviembre⁶⁵ o STSJ de Cataluña núm. 426/2019 de 28 de enero⁶⁶).

A tal respecto, el TSJ de Cataluña aclara que, a pesar de que el contenido de las conversaciones de *WhatsApp* vienen siendo admitidas tanto en los Juzgados de lo Social como en las distintas Salas de lo Social, “una cosa es que este tipo de medios probatorios puedan analizarse y valorarse en la instancia, por parte del Magistrado a quien se practica la prueba con todas las garantías, de acuerdo con el principio de inmediación, y otra muy distinta que puedan calificarse como prueba documental fehaciente, a efectos de una revisión fáctica propuesta por la vía del apdo. b) del artículo 193 LRJS”.

En suma, el contenido de las conversaciones de *WhatsApp*, siendo considerado como un medio de reproducción de la palabra, imagen y del sonido, podrá ser valorado junto con otras pruebas adicionales por el juez en la fase de instancia, pero no en vistas a un recurso de suplicación.

3.3. La relevancia del *WhatsApp* en el proceso laboral para la acreditación de hechos probados: algunos ejemplos.

Dada la importancia que ha adquirido la aplicación *WhatsApp* en el ámbito laboral, son numerosos los pronunciamientos de los distintos Tribunales del orden social acerca de la validez de las comunicaciones, tanto formales como informales, mantenidas entre las partes de la relación laboral a través de este medio.

discutidos en el proceso laboral. ¿Más exigencias que una prueba tradicional?” en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 8 nº2, 2020, pág. 41.

⁶⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, núm. 6781/2017 de 13 de noviembre. (JUR 2018/36678)

⁶⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de C. Valenciana, núm. 3207/2018 de 6 noviembre (JUR/2019/79559)

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, núm. 426/2019 de 28 de enero (JUR/2019/95487)

Un ejemplo de las comunicaciones que pueden darse a través de *WhatsApp* en el marco de las relaciones de trabajo es la notificación por parte del trabajador del cese voluntario en la empresa. Esta forma de comunicar el interés de finalizar voluntariamente la relación laboral ha sido admitida por los tribunales⁶⁷; entre otros, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su Sentencia de 10 de junio de 2015⁶⁸, que otorgó plena validez al mensaje de *WhatsApp* enviado por una trabajadora a sus superiores, a través del cual había manifestado su voluntad para causar baja voluntaria en la empresa.

Posteriormente, una vez la empresa facilitó la liquidación correspondiente a la trabajadora y procedió a causar su baja en la seguridad social, la trabajadora recurrió contra tal actuación, alegando que se trataba de un despido improcedente.

Cabe recordar, que el artículo 49.1.d) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Estatuto de los Trabajadores (en adelante TRET) establece que el contrato de trabajo puede ser extinguido por dimisión del trabajador, debiendo cumplir con el preaviso que determinen los convenios colectivos o la costumbre del lugar.

En cuanto a la validez de la comunicación, el TSJ de Madrid señala que, “*según tiene establecido el Tribunal Supremo, la dimisión, o voluntad unilateral del trabajador de extinguir el vínculo contractual que le une al empresario, puede manifestarse de forma expresa o de manera tácita*”, a lo que añade, que es suficiente con que la voluntad del trabajador sea manifestada de forma “clara, concreta, consciente, firme y terminante”. Por tanto, no siendo exigido en este supuesto ningún requisito formal, el TSJ de Madrid dio por válida tal comunicación de *WhatsApp* y concluyó dando por finalizada la relación laboral con causa de baja voluntaria.

Ello no quiere decir, que toda notificación realizada en el ámbito laboral a través *WhatsApp* sea válida como medio de prueba en juicio para acreditar los hechos, ya que

⁶⁷ GOÑI IRULEGUI, A.M., “El valor probatorio de los mensajes de ‘Whatsapp’ en el proceso laboral”, *op. cit.* pág. 8.

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (núm. 455/2015) de 10 de junio. (JUR 2015/178247)

determinadas comunicaciones exigen ciertos “formalismos”⁶⁹. En este sentido, la aplicación de mensajería *WhatsApp* hoy en día no se considera un medio formal de comunicación para comunicar, entre otras cosas, la decisión de despido⁷⁰.

Así pues, la notificación de la extinción contractual por despido realizada mediante *WhatsApp* podría implicar la declaración de improcedencia de este, por no ajustarse a las exigencias formales determinadas en la normativa.⁷¹ Así lo recoge la STSJ de Extremadura de 18 de septiembre de 2018⁷², en la que un trabajador fue conocedor de su despido disciplinario a través de un mensaje *WhatsApp*. La sentencia de instancia estimó la demanda interpuesta por el trabajador y declaró el despido improcedente con las consecuencias legales que dicha declaración supone, al considerar que la comunicación realizada mediante *WhatsApp* no cumple con los requisitos formales exigidos para ello.

Por su parte, el TSJ de Extremadura, ratifica la declaración de improcedencia del despido al apreciar claramente, en las conversaciones de *WhatsApp* aportadas, el incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 55.1 TRET.

Igualmente, la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de Palma de Mallorca,⁷³ declara la improcedencia del despido de un trabajador al no haberle sido entregada de la carta correspondiente de despido, en la que se reflejase dicha decisión unilateral y las causas que la motivaban. La empresa puso en conocimiento del trabajador la decisión de extinguir la relación contractual mediante un mensaje de *WhatsApp* y a juicio del Tribunal, esta vía de comunicación del despido carece de forma válida de modo que “*ha*

⁶⁹ CERVILLA GARZÓN, M^a JOSÉ., “Efectos del uso de la aplicación ‘Whatsapp’ en el marco de las relaciones laborales, *op. cit.* Págs. 85-86.

⁷⁰ A este respecto, es preciso recordar que el Estatuto de los Trabajadores cuenta con un procedimiento legal para comunicar los supuestos de despido disciplinario (Artículo 55.1 TRET: “*El despido deberá ser notificado por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en la que tendrá efectos*”) o por causas objetivas (Artículo 53.1 TRET: “*La adopción del acuerdo de extinción al amparo de lo prevenido en el artículo anterior exige la observancia de los requisitos siguientes: a) Comunicación escrita al trabajador expresando la causa*”).

⁷¹ Artículo 55.4 TRET: “*El despido se considerará procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación. Será improcedente en caso contrario o cuando en su forma no se ajustara a lo establecido en el apartado 1*”.

⁷² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, núm. 526/2018 de 18 de septiembre. (AS 2019/666)

⁷³ Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de Palma de Mallorca, núm. 201/2019 de 5 de junio (JUR 2019/264206)

de ser calificada como constitutiva de despido improcedente” por no haber respetado los requisitos formales del despido que el Art. 55.1 TRET y la doctrina jurisprudencial que lo interpreta exigen sean respetados.

No obstante, si bien el uso de *WhatsApp* no es considerado válido a efectos de notificar la extinción contractual por despido al trabajador, se puede comprobar que si pueden ser utilizados a fin de probar los hechos en los que se sustentan los mismos.

Entre otros, el TSJ de Cataluña en su Sentencia de 5 de octubre de 2018 ⁷⁴, avala la procedencia del despido de un trabajador, miembro del comité de empresa, al que se le imputan faltas por acoso moral en el trabajo, maltrato de la palabra y abuso de autoridad. La empresa había tenido conocimiento de los hechos ocurridos a través de la comprobación de dos mensajes *WhatsApp* que había enviado a una compañera de trabajo; hechos que se declararon probados tras la aportación de la prueba de *WhatsApp* y la reproducción de los mensajes en el acto de juicio.

4. LICITUD DE LA PRUEBA DE WHATSAPP Y VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

En relación con la admisibilidad de los medios de prueba, el artículo 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante LOPJ) hace referencia al deber de respetar las reglas de la buena fe en todo tipo de procedimiento, y dispone, además, que *“no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”*. Con ello, lo que pretende es evitar que, aquellas pruebas que hayan sido obtenidas de forma ilícita puedan tener acceso y logren efectividad en él.⁷⁵

En concordancia con la LOPJ, y de una forma más concreta, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, si bien permite a las partes servirse de cuantos medios de prueba prevea la ley para acreditar los hechos controvertidos o necesitados de prueba – entre los

⁷⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, núm. 5206/2018 de 5 de octubre (JUR/2018/317086)

⁷⁵ SIERRA VILLAÉCIJA, A. *La prueba en el proceso laboral*, Sepín, Madrid, 2018, págs. 209-210.

que incluye los medios de prueba electrónicos - (art.90.1 LRJS), establece en el apartado segundo del mismo artículo que, en cualquier caso, no se admitirán las pruebas que se hubiesen obtenido, de una forma directa o indirecta, a través de procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas.

Por tanto, si así fuere, la consecuencia de la ilicitud de la prueba que prevé la LRJS es que la misma no sea incorporada del proceso, a fin de proteger el derecho que se hubiera perjudicado. A este respecto, sin perjuicio de quien haya obtenido la prueba de forma ilícita, se negará su admisión, práctica y valoración en juicio.

Atendiendo a la materia concreta que se viene analizando, la prueba electrónica, los derechos que pueden verse afectados son el derecho al secreto de las comunicaciones, el derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos.⁷⁶

4.1. Impugnación de la prueba ilícita en el proceso laboral

Anteriormente a la LRJS, la cuestión sobre la ilicitud de la prueba venía a regularse por el Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral – ya derogado -, donde se dejaba de lado la concreta tramitación procedimental para suscitar la mencionada ilicitud, que derivaba de la supletoria⁷⁷, LECiv aunque la misma, tampoco determina un momento concreto para ello, sino que establece que las partes deberán alegarlo de inmediato.⁷⁸

Concretamente, el artículo 287.1 LECiv dispone que, *“cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes”*.

⁷⁶ CERVILLA GARZÓN, M^a JOSÉ., “Efectos del uso de la aplicación ‘Whatsapp’ en el marco de las relaciones laborales, *op. cit.* pág.89.

⁷⁷ Artículo 4 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

⁷⁸ BAVIERA PUIG, I. “Sobre la calificación del despido basado en pruebas ilícitas” en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 12/2008, Editorial Aranzadi, S.A.U, págs.9-10

En el ámbito jurisprudencial, el primer antecedente⁷⁹ de lo que hoy en día se conoce como prueba ilícita se remonta a la conocida Sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984, de 29 de noviembre⁸⁰, en la que establece que, *“en realidad el problema de la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida se perfila siempre en una encrucijada de intereses, debiéndose así optar por la necesaria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía – por el ordenamiento en su conjunto- de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos”*. Por consiguiente, defiende el Tribunal que, la inadmisibilidad en el procedimiento judicial de aquellas pruebas obtenidas de forma ilícita⁸¹, se fundamentaba en que su incorporación al proceso supone *“una ignorancia de las ‘garantías’ propias al proceso (art. 24.2 de la Constitución)”*⁸², implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 de la Constitución)⁸³.

Ya con la promulgación de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la misma incorpora en su artículo 90.2 el incidente de ilicitud de la prueba, estableciendo que esta cuestión, *“podrá ser suscitada por cualquiera de las partes o de oficio por el tribunal en el momento de la proposición de la prueba, salvo que se pusiese de manifiesto durante la práctica de la prueba una vez admitida. A tal efecto, se oirá a las partes y, en su caso, se practicarán las diligencias que se puedan practicar en el acto sobre este concreto extremo, recurriendo a diligencias finales solamente cuando sea estrictamente imprescindible y la cuestión aparezca suficientemente fundada. Contra la resolución que se dicte sobre la pertinencia de la práctica de la prueba y en su caso de la unión a los autos de su resultado o del elemento material que incorpore la misma, sólo cabrá recurso de reposición, que se interpondrá, se dará traslado a las demás partes y se resolverá oralmente en el mismo acto del juicio o comparecencia, quedando a salvo el derecho de*

⁷⁹ LOUSADA AROCHENA, J.F. “La prueba ilícita en el proceso laboral”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 11/2006. Editorial Aranzadi, S.A.U, pág. 1. (BIB 2006/1250)

⁸⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 114/1984, de 29 de noviembre (RTC/1984/114)

⁸¹ ZARAGOZA TEJADA, J.I y GUTIERREZ AZANZA, D.A., “La prueba ilícita. Una reflexión tras la STS del 23 de febrero del 2017” en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal* núm. 47/2017, Editorial Aranzadi, S.A.U, pág. 2

⁸² “Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”. Artículo 24.2 Constitución Española. (BOE-A-1978-31229)

⁸³ “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Artículo 14 Constitución Española (BOE-A-1978-31229)

las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en el recurso que, en su caso, procediera contra la sentencia.”

Así pues, la LRJS, abre dos posibilidades en cuanto a la impugnación de la prueba ilícita; pudiendo ser suscitada esta, bien por cualquiera de las partes, bien de oficio por el Tribunal.⁸⁴

En cuanto al momento de plantear esta cuestión, la LRJS prevé en primer lugar, y como regla general, que esta se ponga de manifiesto durante la práctica de la prueba, una vez esta ha sido admitida, y a modo de excepción, plantea que la ilicitud de la prueba puede ser manifestada durante el momento de la práctica si en tal instante se suscita la posible vulneración de alguno de los derechos fundamentales.⁸⁵

Si el incidente de la ilicitud se promoviese en el momento de la proposición de la prueba, se determina que habrá que dar audiencia a las partes sobre dicha cuestión y en su caso, practicar las diligencias finales cuando sea estrictamente necesario y la cuestión aparezca suficientemente fundada.

4.2. Incidencia en el derecho a la intimidad y secreto de las comunicaciones

Al problema que se viene analizando en cuanto a la garantía de la autenticidad e integridad de la prueba electrónica para su válida incorporación al proceso, puede sumarse aquel que se genera en el momento de su obtención, pudiendo acontecer en la vulneración de derechos fundamentales, tales como el derecho al secreto de las comunicaciones⁸⁶ o el de la intimidad⁸⁷.

Los tribunales advierten que este asunto debe ser abordado con especial atención, pues depende de ello que el contenido aportado pueda considerarse inicialmente como prueba válida, o, por el contrario, se excluya del acervo probatorio.

⁸⁴ GOÑI IRULEGUI, A.M., “El valor probatorio de los mensajes de ‘Whatsapp’ en el proceso laboral”, *op. cit.* pág. 18.

⁸⁵ AA.VV.: *La prueba en el Proceso Laboral*, Thomson Reuters Aranzadi, *op. cit.* pág. 718.

⁸⁶ Artículo 18.3 de la Constitución Española: “3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.”

⁸⁷ Artículo 18.1 de la Constitución Española: “1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.

La interdicción de las pruebas ilícitamente obtenidas ha tenido como resultado la aparición de numerosos litigios laborales en los que se discute sobre la obtención de las pruebas con vulneración de derechos fundamentales⁸⁸.

En este sentido, el Tribunal Constitucional en la conocida Sentencia 114/194, de 29 de noviembre, se pronunciaba acerca de la validez probatoria de la grabación de una conversación realizada por uno de los interlocutores sin el consentimiento del otro.

El actor alegaba en su demanda la violación del secreto de sus comunicaciones y derecho a la intimidad por el otro interviniente en la conversación, pues éste había procedido a grabar la conversación mantenida sin su conocimiento. Se alegaba, al amparo del artículo 18.3 CE, el deber de proteger la intimidad de la conversación no únicamente frente a terceros, sino también frente a cualquiera de los intervinientes en la conversación, impidiendo la colocación de un instrumento de grabación sin conocimiento alguno por el otro interlocutor.

El Alto Tribunal concluyó admitiendo como prueba lícita el contenido de la conversación, al considerar que la grabación por uno de los interlocutores – quien pretendía servirse de la misma como prueba en el proceso - no había infringido derecho alguno.⁸⁹

En sus argumentaciones, el Tribunal Constitucional establece que quien emplea durante una conversación telefónica de la que forma parte, un aparato que permita a otras personas captar el contenido de esta, no está violando el secreto de las comunicaciones⁹⁰,

⁸⁸ LOUSADA AROCHENA, J.F. “La prueba ilícita en el proceso laboral”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 11/2006. Editorial Aranzadi, S.A.U, pág. 3. (BIB 2006/1250)

⁸⁹ En relación a ello, señala el Tribunal Constitucional que “No hay ‘secreto’ para aquel a quien la comunicación se dirige ni implica contravención de lo dispuesto en el art. 18.3 de la Constitución la retención por cualquier medio del contenido del mensaje.”. (F.J. 7º.).

⁹⁰ Al hilo del criterio establecido por el Tribunal Constitucional, el TSJ de Galicia en la Sentencia de 29 de abril 2004 (AS/2004/2275), estima el recurso de Suplicación interpuesto por una empresa contra el auto dictado por el Juzgado de lo Social núm. 1 de A Coruña en el que se inadmitió una prueba de “cinta magnetofónica” reveladora de una conversación telefónica entre empresario y trabajador. A juicio del TSJ de Galicia, la prueba aportada “debió ser admitida y practicada, por propuesta en tiempo y forma y ser procedente” pues consideró que ni regía el secreto entre los interlocutores, ni tampoco se vulneraba el derecho a la intimidad del trabajador, por cuanto la conversación giraba sobre materia laboral afectante a ambos comunicantes.

salvo que pueda ser considerado una intromisión en la esfera íntima del interlocutor, en cuyo caso podría constituir infringido el derecho de intimidad (artículo 18.1 CE).

Respecto a las grabaciones de las conversaciones telefónicas por uno de los interlocutores, prosigue el Tribunal, que, *“Quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18.3 de la Constitución; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado”*⁹¹, de modo que, la grabación de la conversación por los propios comunicantes no vulnera el secreto de comunicaciones, pues este no rige entre ellos.⁹²

En definitiva, el criterio que asienta el Tribunal Constitucional respecto a la aportación como prueba de grabaciones de conversaciones telefónicas entre privados, es que las mismas serán válidamente admitidas si quien lleva a cabo la grabación de la conversación es uno de los interlocutores; es decir, que no se trate de conversaciones ajenas de las que no se forma parte, y siempre y cuando su contenido no se refiera a aspectos de la vida íntima de los sujetos.

Posteriormente, el Alto Tribunal en su sentencia núm. 56/2003 de 24 de marzo⁹³ recuerda que la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas requiere *“la interferencia directa en el proceso de comunicación mediante el empleo de cualquier artificio técnico de captación, sintonización o desvío y recepción de la señal telefónica como forma de acceso a los datos confidenciales de la comunicación”* esto es, que exista un mecanismo a través del cual se acceda a la existencia y contenido de la comunicación. Por ello, incide en que la difusión de una conversación sin el consentimiento de quienes son titulares del teléfono o sin autorización judicial se considera que vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones.

⁹¹ Seguidamente, añade que, *“Si se impusiera un genérico deber de secreto a cada uno de los interlocutores o de los corresponsables ex art. 18.3, se terminaría vaciando de sentido, en buena parte de su alcance normativo, a la protección de la esfera íntima personal ex art. 18.1, garantía ésta que, «a contrario», no universaliza el deber de secreto, permitiendo reconocerlo sólo al objeto de preservar dicha intimidad (F.J.7º).*

⁹² CUADROS GARRIDO, M.E. “El uso del whatsapp en las relaciones laborales” en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 171/2014, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pág. 12

⁹³ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 56/2003 de 24 de marzo (RTC/2003/56)

En dicha sentencia, uno de los interlocutores en la comunicación telefónica denuncia ante la Guardia Civil estar siendo sometido a amenazas en las que se le solicitaba hacer entrega de una cantidad de dinero determinada a cambio de no revelar su relación con otra persona. Previa denuncia a la Guardia Civil de estos sucesos, las autoridades proceden a registrar sus conversaciones para poder determinar el número de teléfono desde el que recibía estas llamadas.

En este caso, a juicio del Tribunal Constitucional, no existe vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones pues los agentes contaban con autorización expresa de uno de los interlocutores de la conversación telefónica y el registro de las comunicaciones tenía la finalidad de conocer el número de teléfono desde el que se establece la comunicación con el interlocutor. Sobre esto, señalan tanto el Alto Tribunal como el Ministerio Fiscal que *“no existe prohibición para conocer, por parte de uno de los interlocutores, el número de teléfono desde el que se establece la comunicación con él; en otro caso todos los teléfonos que muestran el número desde el que están siendo llamados infringirían el secreto de las comunicaciones amparado por el art. 18.3 CE”*.

En la misma línea que el Tribunal Constitucional, el TSJ de Galicia, en su Sentencia de 25 de abril de 2014 (núm. 2432/2014) ⁹⁴ admite como prueba en juicio el contenido de una conversación de *WhatsApp* entre dos compañeras de trabajo de un centro geriátrico que, pese a haber sido alegado por una de ellas la vulneración de su derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones en la obtención de dichas conversaciones, rechaza la violación de tales derechos pues la obtención de la prueba de *WhatsApp* se realizó a través de la otra trabajadora partícipe de la conversación.⁹⁵ Señala el TSJ de Galicia que, *“Por lo que se refiere a la ilegítima intromisión e intervención de conversaciones privadas, cabe decir, como acertadamente razona la juzgadora de instancia, que la prueba documental aportada por la empresa (transcripción de un WhatsApp) no se ha efectuado vulnerando el secreto de las comunicaciones, contemplado en el art. 18.3 de la CE y ello por cuanto que el conocimiento de la conversación privada lo tiene la empresa por la revelación de la otra interlocutora, o sea que una de las*

⁹⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 2432/2014 de 25 de abril (AS 2014/2364)

⁹⁵ GOÑI IRULEGUI, A.M., “El valor probatorio de los mensajes de ‘Whatsapp’ en el proceso laboral”, *op. cit.* págs. 12-13.

*intervinientes en dicha conversación fue quien se la facilitó a la empresa, D^a Mónica, tal y como manifestó y reconoció ella misma en el acto del juicio”*⁹⁶

Así lo entendió también la STSJ de La Rioja de 22 de enero de 2016⁹⁷, que trata sobre el despido disciplinario de una trabajadora que se justifica en el acoso llevado a cabo a un compañero de trabajo mediante el envío de numerosos mensajes a través de la aplicación *WhatsApp* y que este puso en conocimiento de la empresa. El TSJ de La Rioja interpretó que en la actuación del receptor de los mensajes de *WhatsApp* no cabía apreciar vulneración al secreto de las comunicaciones ni tampoco del derecho a la intimidad al no intervenir en la esfera íntima de los interlocutores. Referente a ello, el Tribunal señala que, tal derecho (art. 18.1 CE), *“protege la ‘vida íntima de las personas’, pero tal garantía no es aplicable en el caso presente pues el contenido de los mensajes no lo fueron sobre nada que pudiera estimarse inserto en dicho ámbito, sino que conformaron meras expresiones, prácticamente unilaterales y ciertamente insultantes de la demandante a un compañero de trabajo”*.

Cuestión distinta es, y en este aspecto es donde se genera cierta controversia, que la parte interesada aporte en sede judicial el contenido de conversaciones o información que ha extraído de una conversación de terceros, sin su consentimiento. De esta manera, entre las partes de la relación laboral, puede darse el supuesto en el que un sujeto no interviniente en la comunicación, como puede ser empresario, pretenda incorporar un determinado contenido que ha sido conocido por el análisis de un dispositivo ajeno a él⁹⁸.

Así, el TSJ de Galicia en su sentencia de 17 de septiembre (núm. 3570/2019)⁹⁹ considera prueba ilícita las conversaciones de *WhatsApp* que había obtenido la empresa a través de una actuación inspectora de la que no tenía conocimiento la trabajadora interviniente de la conversación y que habían servido de base para el despido llevado a cabo.

⁹⁶ Fundamento Jurídico 4º.

⁹⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 14/2016 de 22 de enero (AS/2016/576)

⁹⁸ CERVILLA GARZÓN, M^a JOSÉ., “Efectos del uso de la aplicación ‘Whatsapp’ en el marco de las relaciones laborales”, *op. cit.* pág. 89.

⁹⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, núm. 3570/2019 de 17 de septiembre (JUR/2019/289765)

La empresa había remitido a la trabajadora una carta de despido disciplinario por la comisión de una falta muy grave consistente en la buena fe contractual y abuso de confianza, en la que constaban unos hechos que la empresa había conocido con ocasión de la devolución del teléfono de empresa de un trabajador que había causado baja voluntaria en la empresa y quien anteriormente había mantenido conversaciones de *WhatsApp* con la trabajadora. La empresa, sin permiso ni advertencia previa, accedió al contenido de las conversaciones de *WhatsApp*, como señala el tribunal *“esto es, a la información personal contenida en dicho dispositivo (...) y a través del mismo tiene conocimiento de unos hechos que son los que se le imputan en la carta de despido”*.

La sentencia de instancia declaró la improcedencia del despido y frente a la misma recurre en suplicación la empresa demandada, alegando que, en lo que se refiere a la ilegítima intromisión e intervención de conversaciones privadas, la transcripción de los *WhatsApp* no se había efectuado vulnerando el secreto de las comunicaciones.

A tal respecto, el TSJ de Galicia comparte la conclusión de la magistrada de instancia manifestando que no resultan acreditados los hechos contenidos en la carta de despido a través de otros medios de prueba, y concluye que, *“dada la ilicitud del medio articulado para el conocimiento y acreditación de los hechos imputados, a través de la comunicación del WhatsApp, en los términos ya analizados, se impone, previa desestimación del recurso la confirmación de la resolución recurrida”*.

En la argumentación del TSJ de Galicia, se menciona la relevante sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de mayo¹⁰⁰ respecto a los teléfonos móviles, que determina que el acceso a los datos de un dispositivo móvil está protegido por el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) frente a cualquier injerencia de intrusos que pretendan acceder y difundir actos¹⁰¹: *“El derecho fundamental afectado por el acceso a una agenda de contactos de un teléfono móvil es el derecho a la intimidad personal”*.

¹⁰⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 115/2013, de 9 de mayo. (RTC 2013/115)

¹⁰¹ CUADROS GARRIDO, M.E. “El uso del whatsapp en las relaciones laborales”, *op. cit.* Pág. 3.

5. CONCLUSIONES

La proliferación de los medios de comunicación electrónica en los últimos años ha tenido consecuencias relevantes en el ámbito del proceso laboral, por cuanto constituyen un medio de prueba de determinados hechos, susceptible de ser utilizado tanto por el empresario como por el trabajador. Entre estos medios de comunicación, ocupa un papel destacado la aplicación de mensajería instantánea *WhatsApp*, por ser una de las vías de comunicación más habitual en la actualidad.

Si bien con carácter general, la Ley 59/2003, de 29 de diciembre, de Firma Electrónica, reconoce el documento electrónico, las comunicaciones realizadas mediante la aplicación *WhatsApp* no se consideran estrictamente un documento electrónico, sino que en todo caso se trataría de un documento privado que requeriría firma electrónica.

En el ámbito específico del proceso, la legislación de referencia viene constituida por la LECiv y la LRJS, que han reconocido la admisibilidad como prueba de los medios de reproducción de la palabra e imagen. Por lo tanto, se ha dado carta de naturaleza específica a este tipo de mecanismos de comunicación.

No obstante, a la luz de las resoluciones analizadas, se observa que la validez de este tipo de medios de comunicación como prueba en el proceso, queda supeditado a la acreditación de su autenticidad mediante otro tipo de pruebas complementarias como el interrogatorio de testigos o la pericial informática, dado que son fácilmente manipulables.

En este sentido, es preciso tener en consideración los requisitos que vienen exigiendo los distintos tribunales del orden social de la jurisdicción para garantizar la eficacia absoluta en el proceso.

Por otro lado, de las manifestaciones de los Tribunales Superiores de Justicia del orden social cabe apreciar que la prueba de *WhatsApp* no es reconocida como prueba documental y, por consiguiente, esta no es idónea para articular un recurso de suplicación.

Por último, en el recurso y aportación de este tipo de comunicaciones deben ser respetados los derechos fundamentales, y, muy particularmente, el derecho al secreto de las comunicaciones. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, cabe la posibilidad de desvelar una conversación entre privados de la que se es parte, sin que por ello se conculque este derecho al secreto de las comunicaciones.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AA.VV.: *La prueba en el Proceso Laboral*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- ABEL LLUCH, X y PICÓ I JUNOY, J. (Directores), *La prueba electrónica*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2011.
- ALBERT EMBUENA, V. “Las pruebas en los procesos por incapacidad permanente; en especial, la prueba pericial”, AA.VV.: *La prueba en el Proceso Laboral*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017. pág. 192
- BARRIOS BAUDOR, G. “La integridad y/o autenticidad de los medios de prueba digital en el proceso laboral” en *Estudios Financieros. Revista de trabajo y seguridad social: comentarios, casos prácticos*, rec. 2017 (415) págs. 23-52.
- BAVIERA PUIG, I. “Sobre la calificación del despido basado en pruebas ilícitas” en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 12/2008. (BIB 2008/2159)
- BUENO DE MATA, F. “Prueba electrónica: Problemas del presente y retos del futuro” en AA.VV.: *La prueba en el Proceso. Perspectivas nacionales*, 2018. (TOL6.977.375).
- CERVILLA GARZÓN, M^a JOSÉ., “Efectos del uso de la aplicación ‘Whatsapp’ en el marco de las relaciones laborales” en *Revista andaluza de trabajo y bienestar social. Temas Laborales*, núm. 136, 2017, págs. 73-98.
- CERVILLA GARZÓN, M^a JOSÉ, “Los ‘pantallazos’ de los mensajes ‘Whatsapp’ como medio de prueba en el proceso laboral” en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11/2016 (BIB 2016/85550)
- COLÀS-NEILA, E. y YÉLAMOS BAYARRI, E. “El WhatsApp como prueba de hechos discutidos en el proceso laboral. ¿Más exigencias que una prueba tradicional?” en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 8 n°2, 2020, págs. 33-67.

- CUADROS GARRIDO, M.E. “El uso del whatsapp en las relaciones laborales” en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 171/2014, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- GARCIA MESCUA, D. *Aportación de mensajes de WhatsApp a los procesos judiciales*, Granada, 2018.
- GARRIDO CARRILLO, F.J, “La prueba electrónica en los procesos civiles y penales”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 16,17 y 18/2017, pág. 7. (TOL6.084.997).
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C. “Valor probatorio de los correos electrónicos” en *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 10/2019 (BIB 2019/8948).
- GOÑI IRULEGUI, A.M., “El valor probatorio de los mensajes de ‘Whatsapp’ en el proceso laboral”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 233/2020 parte Estudios, 2020. (BIB 2020/34994)
- HOYOS CHAVERRA, J.A y VALENCIA ARIAS, A. “El papel de las TIC en el entorno organizacional de las Pymes”, en *Revista Trilogía*, Vol. 4, nº7, 2012, págs. 105-122.
- “La prueba electrónica”, *Comentarios Jurisprudenciales*, Abogados Carranza, disponible en:
<http://www.abogadoscarranza.com/content/la-prueba-electr%C3%B3nica>
- LOUSADA AROCHENA, J.F. “La prueba ilícita en el proceso laboral”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 11/2006, pág. 3. (BIB 2006/1250)
- MORALES VALLEZ, C. *La prueba electrónica en el proceso laboral y el control de los medios tecnológicos por el empresario*, Sepín, Madrid, 7/2018.
- MUNÍN SÁNCHEZ, LARA M., “El WhatsApp como medio de prueba en el proceso laboral. A propósito de una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia

de 28 de enero de 2016”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 20 (2016), pp. 479-485.

ORTUÑO NAVALÓN, M^a del C. “La prueba electrónica y el documento electrónico”, *La prueba electrónica ante los tribunales*, Tirant lo Blanch, 2014. (TOL4.125.955)

PÉREZ PALACÍ, J.E. “La prueba electrónica: Consideraciones”, Universitat Oberta de Catalunya. 07/2014. pág. 6. Disponible en:

<http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/39084/1/PruebaElectronica2014.pdf>

ROJAS ROSCO, R. “La prueba digital en el ámbito laboral ¿son válidos los ‘pantallazos’?”, en OLIVA LEÓN, R. y VALERO BARCELÓ, S., *La prueba electrónica. Validez y eficacia procesal*, Juristas con Futuro, 2016, pág. 90 y ss.

SACHÍS CRESPO, C., “La prueba en soporte electrónico”, en VALERO TORRIJOS, J. (coord.), *Las Tecnologías de la Información y de la Comunicación en la Administración de Justicia. Análisis sistemático de la Ley 18/2011, de 5 de julio*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, págs. 707 y ss.

“¿Se pueden manipular bajo el control de un virus troyano nuestros SMS y WhatsApp?”, Asociación de Internautas, disponible en:
<https://www.internautas.org/html/8474.html>

SIERRA VILLAÉCIJA, A., *La prueba en el proceso laboral*, Sepín, Madrid, 2018.

ZARAGOZA TEJADA, J.I y GUTIERREZ AZANZA, D.A, “La prueba ilícita. Una reflexión tras la STS del 23 de febrero del 2017” en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal* núm. 47/2017. (BIB 2017/13043)

7. JURISPRUDENCIA CONSULTADA

STC, núm. 115/2013, de 9 de mayo. (RTC 2013/115)

STC núm. 56/2003 de 24 de marzo (RTC/2003/56)

STC núm. 114/1984, de 29 de noviembre (RTC/1984/114)

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 300/2015, de 19 de mayo. (RJ 2015/1920).

STSJ (Galicia), de 22 de enero 2020, núm. rec. 5457/2019 (JUR/2020/135459)

STSJ (Galicia), núm. 3570/2019 de 17 de septiembre (JUR/2019/289765)

STSJ (Cataluña), núm. 426/2019 de 28 de enero (JUR/2019/95487)

STSJ (C. Valenciana), núm. 3207/2018 de 6 noviembre (JUR/2019/79559)

STSJ (Cataluña), núm. 5206/2018 de 5 de octubre (JUR/2018/317086)

STSJ (Extremadura), núm. 526/2018 de 18 de septiembre. (AS 2019/666)

STSJ (Cataluña), núm. 2139/2018 de 12 de abril (JUR/2018/206418)

STSJ (Cataluña), núm. 6781/2017 de 13 de noviembre. (JUR 2018/36678)

STSJ (Galicia), núm. 622/2017 de 27 de enero (JUR 2017/62103)

STSJ (Galicia) núm. 556/2016, de 28 de enero (JUR 2016/45246)

STSJ (La Rioja), núm. 14/2016 de 22 de enero (AS/2016/576)

STSJ (Cataluña) núm. 6096/2015, de 16 de octubre (JUR 2015/280620).

STSJ (Cantabria) núm. 662/2015, de 4 de septiembre (JUR/2015/260327)

STSJ (Madrid) núm. 455/2015 de 10 de junio. (JUR 2015/178247)

STSJ (Galicia) núm. 2432/2014 de 25 de abril (AS 2014/2364)

STSJ (Galicia) de 29 de abril de 2004 (AS/2004/2275)

SJS de Logroño, núm. 161/2019 de 20 de junio de 2019. (JUR/2019/265728)

SJS núm. 5 de Palma de Mallorca, núm. 201/2019 de 5 de junio (JUR 2019/264206)

SJS núm. 3 de Pamplona, de 20 de marzo de 2017 (AS/2017/1799)